

ESTUDIO DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES

Study of the motivation of discretionary administrative acts

Donado Maldonado A.¹, Zoraida Rosa Todaro Murgas²,
Jaime Camilo Bermejo Galán³

Resumen: El presente artículo crítico consiste en el estudio de la motivación de los actos administrativos discrecionales, frente a la vulneración de principios y derechos constitucionales de las personas que declaran insubsistente. La constitución política de Colombia prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, para estos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad discrecional del nominador del gasto, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos, pero esta discrecionalidad no es absoluta y tiene sus limitantes en la constitución política y jurisprudencias.

Palabras clave: Motivación; Acto administrativo; Discrecionalidad; Alcalde.

Abstract: This critical article is the study of the motivation of discretionary administrative acts, against the violation of constitutional principles and rights of people who declare unsubstantiated. The political constitution of Colombia provides for public employment of free appointment and removal, whose situation is completely different from those of career, for these the linking, permanence and withdrawal of their positions depends on the discretionary will of the nominator of the expense, who enjoys certain discretion to freely decide on these, but this discretion is not absolute and has its limitations in the political constitution and jurisprudence.

Keywords: Motivation; Administrative act; Discretion; The mayor.

¹ Abogada, Magister en derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar de Colombia

² Abogada, Universidad Simón Bolívar. Docente, Directora de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo de La Universidad Simón Bolívar. Magister en Derecho procesal de la Universidad Simón Bolívar. ztodaro@unisimonbolivar.edu.co

³ Abogado. Posdoctor en Estado, Políticas públicas y paz social; Doctor en Ciencias políticas, Magister Derecho Administrativo, especialista derecho constitucional, Docente de la Universidad Simón Bolívar de Colombia- jbermejo@unisimonbolivar.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-0917-2506>

Introducción

El Estado desarrolla sus actividades a través de personas, las cuales se enmarcan en la concepción de función pública, concedida como el conjunto de tareas y actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y obligaciones, de este modo, asegurar la realización de sus fines; esto busca la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella, que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad.

El cumplimiento de los fines del Estado, establecidos en la Carta Política, dependerá en gran medida del personal público que tenga, en este sentido, a medida que aumenta la capacidad de acción del Estado, se hace necesario aumentar los equipos humanos que trabajan a su servicio.

El Estado como órgano garante de la defensa de los derechos de los ciudadanos, requiere una estructura administrativa, emanada en principios que orienten el funcionamiento normal y eficiente del mismo, fundamentado en el Estado Social de Derecho. Con el tiempo, se ha manifestado una creciente preocupación por la racionalidad del trabajo del Estado, concebido como una gran empresa al servicio del bien común; el Estado ha venido asimilando las nuevas técnicas de distribución de trabajo y aceleración de procedimientos que le permiten una acción eficaz. *Constitución política art 2*

En este sentido, como medida de defensa de los derechos de los ciudadanos está el respeto a sus derechos laborales y en la no realización de despidos injustos. En el caso contrario de la declaratoria de insubsistencia sin motivación legal alguna, entendido como causal autónoma de retiro del servicio aplicable para quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, ha sido objeto de análisis respectivo por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en defensa de los intereses de empleados públicos en provisionalidad, en libre nombramiento y remoción y hasta los empleados de carrera administrativa cuando estén incluso, bajo condición especial absoluta o relativa. Sin embargo, con el fin de definir la posición de estas altas cortes al respecto, realizando a su vez estudios jurisprudenciales que permitan tener un criterio claro de interpretación y aplicación contundente, puede servir como fuente de consulta para otras personas interesadas en el tema y dar paso a la construcción y a la nueva gestión del conocimiento en la materia.

Es así como este artículo busca hacer visibles los resultados encontrados y la discusión de los mismos para hacer un aporte significativo en el mundo de la academia y en el espectro del derecho administrativo constitucionalizado. Al respecto, se determinó que podría decirse que la motivación del acto administrativo de desvinculación de un empleado que ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción es viable, por cuanto constituye una muestra del cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, garantista de los derechos ciudadanos, como quiera que busca la protección del derecho humano al trabajo, como fuente de recursos. Por consiguiente la motivación del acto administrativo es “una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima (...). Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios de un poder que no tenga ninguna

motivación y que no tenga en consideración los individuos afectados por el mismo” (*Bernal, 2014, p. 69*).

La motivación de los actos administrativos es una elaboración relativamente actual. En el antiguo régimen español no se exigía ni siquiera para las sentencias judiciales porque la motivación se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad (Novísima Recopilación, Libro XI, Título XVI, Ley VIII, que se proyecta en la Legislación Indiana). En el sistema Napoleónico imperial se consideraba innecesario motivar expresamente los actos administrativos. Esas posiciones llevaron al reconocimiento de la discrecionalidad para una buena cantidad de actos administrativos, (p. ej. en el caso de algunos nombramientos y retiros de funcionarios públicos). Pero, ante los abusos por la no exigencia de motivación, dice Gaston Jéze que el mismo “derecho público francés ha sido constantemente modificado, después del siglo XIX, incluyéndose restricciones y limitaciones cada vez más severas y estrictas”. A su vez, en el derecho administrativo español, a finales del siglo pasado la motivación se consagró por primera vez en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo el 19 de octubre de 1889. Pero fueron tímidas exigencias.

La motivación en Colombia, después de la Constitución de 1991

La Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos. En la sentencia C-054/96, se dijo que la motivación “no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la

obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”.

Es del primer criterio García Trevijano para quien la motivación es esencial y permite desenmascarar las posibles desviaciones de poder.

Por su parte, García de Enterría dice: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Sentencia SU-250/98

El Acto Administrativo

Un acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la administración que busca producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo derechos a favor o en contra de los administrados. Según la corte constitucional Sentencia C-1436/00.

Carácter del acto está revestido de legalidad

Debe estar proferido por un sujeto una autoridad competente de la administración, quien lo produce está facultado para hacerlo.

Si no crea ni modifica ni altera o extingue un derecho para que demandarlo si no produce efecto jurídico.

Causal de nulidad del acto administrativo por excelencia es la violación a la norma.

Cuatro elementos del acto administrativo:

1 - Sujeto. Es calificado que sea una autoridad administrativa que este en el marco de su competencia.

2 - Objeto. Es la relación jurídica que crea el contenido del **acto**, en forma tal que **objeto** y contenido aparecen identificados. El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina.

3 – Motivación. Fáctica (hechos), normativa (norma, jurisprudencias, precedente) a partir del artículo 42 del cpaca la motivación debe ser real y efectiva cumpliendo los fines del estado.

4 – Móvil o Fin. Es el fin que persigue el acto administrativo lo que conlleva a la autoridad a tomar decisiones, los fines del estado social de derecho se fundamenta en el artículo 2 de la constitución

Acto Administrativo Discrecional

Acto administrativo discrecional. Es el que surge como resultado de aplicar la potestad discrecional; es decir, la facultad de elegir entre varias formas de comportamiento administrativo igualmente posibles todas ellas desde un punto de vista jurídico. www.encyclopedia-juridica.com › acto-administrativo-discrecional › acto...

La potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley. Los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, ya que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad. *Sentencia SU172/15.*

ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. CPACA

Artículo 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. *Decret 01 /84*

Artículo 48. Falta de irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales. CPACA

La notificación es el medio mediante el cual se busca enterar de la forma más idónea, inmediata y garantista posible al afectado, particular, tercero, interesado o interesados sobre el acto administrativo con su contenido completo, si es o no susceptible de recurso ante la misma autoridad que lo expidió o su superior, cuales son recursos procedentes, cuando y ante quien se puede interponer. Publicidad de los actos administrativos. *Fabio cesar amorochó Martínez pag 29.*

El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y

defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA.

La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde

se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es así como las autoridades públicas y en este caso particular el juez constitucional deben adoptar los correctivos necesarios para que no se perpetúen situaciones de anormalidad en la provisión de empleos en la administración pública, como la preservación indefinida en diversas instituciones del Estado de un elevado número de funcionarios nombrados en provisionalidad, consecuencia directa de la falta de voluntad política para implementar verdaderos concursos de méritos. Adicionalmente, le corresponde velar porque la desvinculación de este grupo amplio de funcionarios no obedezca a prácticas clientelares, es decir, que no sea el producto de la arbitrariedad sino del ejercicio prudente de la discrecionalidad con miras al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, no puede ser interpretada como una forma de petrificar las nóminas estatales que estimule ilegítimas prácticas burocráticas, sino como un instrumento realmente transitorio, cuyos efectos prácticos deberán desaparecer conforme se realicen concursos inspirados en el mérito y el acceso al empleo bajo parámetros de igualdad. En otras palabras, la presente decisión debe ser leída como una forma de superar un estado de cosas anómalo, inconstitucional si se quiere, caracterizado por la ausencia de concursos de méritos y los nombramientos en provisionalidad, desconociendo que éste es sólo un mecanismo excepcional

encaminado a solventar problemas coyunturales, que bajo ninguna perspectiva pueden convertirse en la regla general en detrimento de claro mandatos de orden superior.

La motivación de los actos administrativos en perspectiva constitucional En este apartado la Corte analiza los fundamentos constitucionales en torno al deber de motivación de los actos administrativos y su alcance específico respecto de los casos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad.

La motivación como elemento del Estado de Derecho, del principio democrático, del principio de publicidad y garantía del debido proceso para el acceso efectivo a la administración de justicia. Por regla general la Administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; es decir, tiene la obligación de hacer explícitas los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones. *Sentencia SU.917/10.*

En la Sentencia SU-250 de 1998 la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por vez primera su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad. Recordó cómo en el sistema napoleónico imperial no había tal exigencia y cómo en el antiguo régimen español ni siquiera se requería motivar las decisiones judiciales, de manera que sólo a finales del siglo XIX y durante el siglo XX se desarrolla la dogmática según la cual, salvo casos excepcionales, los actos de la administración también deben estar motivados.

Desde entonces la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente, uniforme, extensa y reiterada sobre el deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad.

Por ejemplo, en la Sentencia C-734 de 2000 la Corte precisó que la motivación es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. Dijo entonces:

“De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario”. El deber de motivación de los actos administrativos guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional.

Artículos 123 y 125 de la Constitución, los empleados públicos, una de las especies del género “servidor público”, pueden ser (i) de carrera, (ii) de elección popular o (iii) de libre

nombramiento y remoción. Dentro de esta última especie, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para los regímenes especiales de carrera, el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 reguló 6 criterios para clasificar estos empleos.

Según **el primer criterio**, son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” (literal a) o, como los denomina el literal siguiente, “los altos funcionarios del Estado”. Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Dada esta condición, les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

De conformidad con **el segundo criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos” (literal b). Esta categoría incluye aquellos empleos de “especial confianza” que se encuentran “adscritos” a los despachos de algunos de los órganos que integran la primera categoría

(“los altos funcionarios del Estado”) en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Esta categoría, además, incluye, en la Administración Central del Nivel Nacional, algunos empleos adscritos a los despachos de algunos servidores públicos de los órganos de seguridad (Policía Nacional y Fuerzas Militares), “en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional”; los empleos del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la colombiana y al personal de apoyo en el exterior adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores; y, finalmente, en el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992 .

Según **el tercer criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado” (literal c).

De conformidad con **el cuarto criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos” (literal d). Son, también, de libre nombramiento y remoción,

Según **el quinto criterio**, “los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales” (literal e).

Por último, según **el sexto criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera” (literal f). Sentencia SU-003/18.

Cabe destacar que la mayoría de sentencias y jurisprudencia de la Corte Constitucional y del alto Consejo de Estado que evocaran sucesos o hechos reales sobre situaciones jurídicas representadas en incertidumbres judiciales por ser considerados como despidos injustos aquellos actos administrativos sin motivación.

Deben tenerse en cuenta los elementos que tiene todo acto administrativo para que siga revistiéndose de legalidad y sin que esta pueda ser objetada. Pero no sin antes hablar de conceptos establecidos en el marco teórico de esta investigación que tocan la figura de la *insubsistencia*, como una causal autónoma de retiro del servicio aplicable para quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; esta se produce por la facultad discrecional de remoción de la que están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. De

esta forma, se identifica como para los empleados que se encuentran vinculados por el régimen de libre nombramiento y remoción, dicha declaratoria descansa en el *poder discrecional del agente nominador* que designa al funcionario, cuyo límite solo se encuentra en los fines que la ley imponga al servicio que se presta; así las cosas, *la remoción de los empleados siempre tiene que obedecer al mejoramiento del servicio público.*

Para continuar con el estudio si la motivación en los actos administrativos discrecionales, es una declaración de insubsistencia podrá entenderse como motivada cuando las calidades del empleado que se nombró permiten ver, sin mayor dificultad, que el servicio que se está prestando podría encontrarse mejor garantizado y ser más eficaz bajo la dirección de una persona mejor calificada; es decir, que el reemplazo de un empleado por otro no tendrá otra finalidad que el mejoramiento de las condiciones de la función pública, no existiendo así causales para el ejercicio de dicho poder discrecional del nominador. De ahí que, existan eventos en que la remoción de un funcionario vinculado por libre nombramiento y remoción ***no obedece al fin descrito de la función pública***, es decir, al mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio, sino que, por el contrario, denota un ejercicio arbitrario del poder discrecional otorgado por la ley; dando lugar a la desviación de poder como la forma que tiene el funcionario de atacar el acto de remoción investido de presunción de legalidad.

En Colombia existen disposiciones regulatorias que reglamentan tales cargos, desde lo constitucional hasta las sub reglas de categoría jurisprudencial de altas Cortes. Lo anterior, se cristaliza en el artículo 125 de la Constitución Política; la Ley 909 de 2004 y jurisprudencias importantes de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Así, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho, teniendo en cuenta que los fines esenciales del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Const. Política, 1991, art. 2). A su vez, el artículo 13 de la Carta Política establece el derecho a la igualdad recibiendo la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, por lo que el Estado deberán promoverse las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (*Const. Política, 1991, art. 13*).

Empero, para identificar si el acto administrativo discrecional que declara la insubsistencia de una persona debe o no debe ser motivado, en la ley arriba mencionada (ley 909 de 2004), artículo 41, se establece que: la relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...) DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción. PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La

competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (Subrayado fuera del texto).

Por lo tanto, existen dos posibles respuestas a este **primer objetivo** que van a depender de la naturaleza constitucional o legal, que se discutirá en la sesión siguiente de análisis de resultados (discusión).

Por otro lado, para **analizar los casos de insubsistencia frente a la vulneración de derechos de las personas que declaran insubsistentes** (objetivo 2) se encontró que existe en la mayoría de los casos un:

Establecimiento de declaratoria de insubsistencia como producto de presiones irregulares; y desviación de poder porque no se busca mejorar el servicio, sino tomar decisiones con falta de motivación legal para favorecer intereses particulares e intersubjetivos por parte de quien funge como autoridad nominadora.

De esta forma, es como termina vulnerándose los derechos de las personas que ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo que el contenido de una decisión de carácter general o particular que sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Por ello, al darle un “carácter discrecional amplio” a la administración, se genera una violación a principios y derechos fundamentales que establece nuestra actual Constitución Política. Y es que el hecho de que una persona no conozca los motivos de su retiro de un cargo que ha obtenido por uno u otro medio, es un evidente desconocimiento de su derecho de defensa y contradicción” (Cardozo, 2016, p. 7).

Finalmente, (objetivo 3), se analizaron ciertos aspectos con los que se estuvo de acuerdo con el autor Cardozo (2016, p. 8) ya que la mayoría de los operadores que hacen parte de la función pública no estaban alineados sobre todo con la motivación que requiere la Constitución, de declarar la insubsistencia en un cargo. Por lo que muchos que consideraron verse afectado por lo anterior, decidieron restablecer sus derechos a través de actuaciones judiciales en Consejo de Estado y hasta Corte Constitucional. Es así, como se encontró que existe una contrariedad en los fallos de las altas cortes, pues la primera (Corte Constitucional) al ser garantista de derechos constitucionales como el debido proceso, *exige la motivación del acto administrativo*, mientras que la segunda (Consejo de Estado) *no exige dicha motivación, pues son actos discrecionales*, y agrega que en estos se debe enunciar sumariamente el motivo de la decisión, esto es: la desvinculación del cargo. *Sentencia T-289/11*

Justo aquí, es donde la autora Vega (2012, p. 30) afirma que la naturaleza de los funcionarios de libre nombramiento y remoción debe ser coherente con la correspondiente contextualización de la actual carta política, lo cual deja entrever que existe la necesidad de adecuar la normatividad que regula la materia a los postulados constitucionales.

No obstante, Ordoñez (2017, p. 30), establece que se requiere de la existencia de una norma que permita la discrecionalidad; su ejercicio debe cumplir con el principio de adecuación y debe observar el principio de proporcionalidad, toda vez que la desviación del poder funge como límite de la primera en la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción. Además enfatiza en que la omisión de los parámetros legales y

jurisprudenciales en los actos discrecionales de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción da lugar a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo declare su nulidad.

Así las cosas, se le da paso a la discusión de los resultados encontrados en esta investigación documental con el fin de hacer un aporte significativo en el mundo de la academia y en el espectro del derecho administrativo constitucionalizado.

Discusión

La validez de los resultados antes expuestos presentan un grado de veracidad toda vez que esta investigación fue fundamentada en fuentes secundarias que permitieron una recopilación objetiva de datos para procesarlos y convertirlos en información de gran peso a la comunidad académica que estudia el campo del derecho administrativo constitucionalizado. Por eso, para dar respuesta a la pregunta problema de esta investigación sobre el estudio de la motivación de los actos administrativos discrecionales, se tienen dos posibles respuestas que varían de acuerdo a la naturaleza de la perspectiva, ellas son:

1. Estudio de la motivación de acuerdo a una naturaleza del derecho administrativo constitucionalizado.

La motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción (LNR), responde a que según la Corte Constitucional el deber de motivar *supone la sujeción al principio de legalidad*, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del

acto, como manifestación de su derecho de contradicción” (*Corte Constitucional, 2014, Sentencia SU-556*).

Es así como la motivación de los actos administrativos de retiro es un requisito para la toma de decisiones de los nominadores, los cuales deberán señalar las circunstancias particulares que los llevan a tomar dicha decisión, prescindiendo entonces de decisiones generales y abstractas, que no generaban garantías para los mismos. “Los motivos se refieren a los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades, en el fin encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad (*Santofimio, 2007, p. 156*).

En este orden de ideas, “el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente, por cuanto la facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos para satisfacer caprichos individuales” (*Consejo de Estado, 2016, Sentencia de 3 de agosto, Rad. 0589-05*).

En efecto, la Constitución de 1991 dispuso al Estado como Social de Derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo, puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo (*Consejo de Estado, 2016, Sentencia de 3 de agosto, Rad. 0589-05*).

En función de apoyo a lo anterior, la provisión de empleos tiene fundamento constitucional y legal, así el artículo 125 de la Constitución Política señala que “(...) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.
(*Const. Política, 1991, art. 125*).

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

De ahí que se pregone lo mismo para los empleados en cargos de libre nombramiento y remoción (LNR), pues cuando la administración declara la insubsistencia con base en intereses particulares, está obteniendo una ventaja ilícita al desviar el poder y expedir una resolución contraria al espíritu constitucional, lo cual no se traduce en ningún beneficio para la sociedad en general, ni mucho menos justifica la intervención de derechos fundamentales y de principios constitucionales (Ordóñez, 2017, p. 243); esta desviación de poder debe probarse además y no es fácil hacerlo, pues “como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión” (Rodríguez, 2008). Es así como la voluntad del Constituyente fue que toda decisión que afecte intereses de una persona, debe ser motivada, para que sea susceptible de control y no haya así arbitrariedad (*Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-602*).

2. Estudio de la no motivación sobre actos administrativos que declaran insubsistencia de cargos de LNR de acuerdo a la ley 909 de 2004.

La no motivación sobre actos administrativos que declaran la insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción (LNR), responden a que la Constitución Política de Colombia prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción diferente a los de carrera administrativa, pues para los primeros la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad discrecional del nominador del gasto, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos. Es importante saber que en Colombia, no existen límites adecuados y totalmente definidos que le ponga fin a la arbitrariedad de las entidades para expedir actos administrativos de insubsistencia en los cargos de libre nombramiento y remoción, basados en la facultad discrecional utilizada con la finalidad de generar beneficios intersubjetivos y no buscar el mejoramiento del servicio.

En efecto, los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera administrativa.

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades

nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. Ahora, si bien es cierto que existe un margen de discreción del nominador del gasto, el cual se “presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley” (Corte Constitucional, 2015, Sentencia SU-127); también lo es que por derechos constitucionales debieran ser sujeto de explicación y por ende motivación los actos administrativos que crean y eliminan derechos como el trabajo. No obstante, para la posición adoptada en la ley 909 de 2004 esto no es necesario y por lo tanto es legítimo expedir actos administrativos que retiren del cargo de LNR, sin motivación legal alguna más que la declaración de insubsistencia.

Se debe tener claro que sí existe una ley que reglamenta la actividad pero muy a pesar de ello, esta ley limita a las personas que ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para que se defiendan de las arbitrariedades que cometen estos funcionarios que son autónomos para tomar sus decisiones (*Consejo de Estado, 2018, Sentencia de 8 de febrero, Rad. 3812-2016*).

Conclusiones

Para condensar la respuesta al interrogante principal del estudio de esta investigación, ¿sobre la motivación de los actos administrativos discrecionales.

La motivación del acto administrativo de desvinculación de un empleado que ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción es viable, por cuanto constituye una muestra del cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, garantista de los derechos ciudadanos, como quiera que busca la protección del derecho humano al trabajo, como fuente de recursos. Por consiguiente la motivación del acto administrativo es “una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima (...). Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios de un poder que no tenga

ninguna motivación y que no tenga en consideración los individuos afectados por el mismo”
(Bernal, 2014, p. 69).

Lo anterior sin desconocer que aún existe una dualidad de criterios en las altas Corte con respecto al tema. Sin embargo, se debe propender por el avance hacia el consenso sobre la motivación en el retiro de empleados públicos, de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, para hacer surgir el establecimiento de un acuerdo jurídico en aras de la búsqueda del cumplimiento armónico de las funciones estatales.

Se considera que los empleados de libre nombramiento y remoción y hasta los que están en provisionalidad, si bien no tienen derechos de carrera administrativa, si han estado al frente de procesos cumpliendo funciones públicas, que como es bien sabido, cada vez son más exigentes, por lo que no sería justo mantenerlos en la tesis de la anterior Carta Política de 1886 y en la de la Ley 909 de 2004, en especial su artículo 41 parágrafo, para materializar las garantías laborales en cumplimiento de los fines del Estado social y democrático de derecho.

Este reconocimiento en igualdad de condiciones de los derechos a los empleados de LNR, permite que en el retiro de sus cargos, la motivación de los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia sea requisito para la toma de decisiones de los nominadores, la motivación, señalando las circunstancias particulares que los llevan a tomar dicha decisión, prescindiendo entonces de decisiones generales y abstractas, que no generaban garantías para los mismos. De esta forma se genera una estabilidad laboral, representada en el hecho de que no pueda ser desvinculado del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria, o se convoque al respectivo a concurso de méritos o se disponga de la mejoría de la prestación del servicio a través de un operador mayormente calificado para el cargo. Estas circunstancias, si bien supondrían un avance en materia administrativa laboral y la constitucionalizarían del mismo, ya que con la

motivación de los actos administrativos de desvinculación de empleados en provisionalidad y libre nombramiento y remoción, se rompe la teoría de la discrecionalidad de los nominadores en el retiro de los mismos, por lo que se trata ahora de un acto reglado tácitamente, pues está basado en la motivación fundamentada de los nominadores en la desvinculación de los empleados públicos, con un enfoque en derechos humanos.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente (1991) Gaceta Constitucional. *Constitución Política de Colombia*, Bogotá.

Bernal, C (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Cardozo, J (2016) *¿Se deben motivar los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa y los que ordenan el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción en Colombia?* Universidad Santo Tomás, Bogotá. Recuperado de:
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2252/Cardozojimmy2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Consejo de Estado (19 de enero de 2006) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Sub Sección B. Sentencia de 19 de enero. Rad. No. 002-00188-01. C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Consejo de Estado (3 de agosto de 2016) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B. Sentencia de 3 de agosto, Rad. 0589-05. C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Consejo de Estado (8 de febrero de 2018) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Segunda, Sub Sección B. Sentencia de 8 de febrero. Rad. 3812-2016. C.P. Dra. Sandra Ibarra Vélez.

Corte Constitucional (11 de diciembre de 1992) Sentencia T-602 de 1992. [M.P. Simón

Rodríguez Rodríguez y Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional (2 de septiembre de 1998) Sentencia C-456 [M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional (24 de julio de 2014) Sentencia SU-556 [M.P. Dr. Luis Guerrero Pérez]

Corte Constitucional (26 de marzo de 2015) Sentencia SU-127. [M.P. Dra. Gloria Ortiz Delgado]

Corte Constitucional. (16 de mayo de 2012) Sentencia T-372 de 2012. [M.P. Jorge Iván Palacio]

Departamento Administrativo de la Función Pública (5 de abril de 2017) Concepto 84491.

Bogotá D.C.

Sentencia SU 917 de 2010 [M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio]

Sentencia SU 250 de 1998 [M.P. Alejandro Martínez] (26 de mayo de 1998)

Sentencia SU 003 de 2018 [M.P. Carlos Bernal Pulido] (08 de febrero de 2018)

Fabio Cesar Amorochó Martínez, Publicidad de los actos administrativos, Santa Bárbara Editores EU, 2017.

Esquivel, (s.f.) *Reflexiones sobre la presunción de legalidad del acto administrativo en el*

derecho mexicano. Revista Universidad Autónoma de México. Recuperado de:

www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60940/53749

Henríquez, E., & Zepeda, M., (2004). *Elaboración de un artículo científico de investigación*.

Revista Ciencia, Chile. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/cienf/v10n1/art03.pdf>

Ordóñez, W. (2017). *La desviación del poder como límite a la discrecionalidad en la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción.*

Fundación Universitaria de Popayán. Recuperado de

<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2479/3123>

Rodríguez, L. (2008). *El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Colombia.* A & C

Revista de Derecho Administrativo y Constitucional. Recuperado de

www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/338/109

Santofimio, J. O. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Vega, J. (2012). *Declaratoria de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial -desviación de poder.* Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. Recuperado de

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/9237/VegaCastanoJinette2012.pdf?sequence=2&isAllowed=y>